



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

DISCUSIONES EN TORNO AL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA EN COLOMBIA.

DISCUSSIONS REGARDING THE CRIME OF FOOD INASISTENCE IN COLOMBIA.

Karen Jelitza Acosta Rojas¹

Resumen

El delito de inasistencia alimentaria se ha constituido como una herramienta jurídica relevante para la protección de los derechos de aquellos sujetos beneficiados con la obligación alimentaria. Sin embargo, es propicio el estudio del delito en relación a uno de los principios fundamentales del derecho penal, el de mínima intervención. Mediante el estudio de artículos especializados, jurisprudencia y la normatividad, el presente trabajo evalúa la real protección al bien jurídico de la familia con la creación del tipo penal citado, enmarcado en escenarios de populismo punitivo con la trascendencia de lo político a lo jurídico.

Palabras Clave

Colombia, derecho penal, familia, inasistencia alimentaria, mínima intervención, ultima ratio.

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Contacto: kjacosta73@ucatolica.edu.co Director de Trabajo de Grado: Omar Antonio Herrán Pinzón.

Abstract

The crime of food non-attendance has been constituted as a relevant legal tool for the protection of the rights of those subjects who benefit from the food obligation. However, the study of crime is propitious in relation to one of the fundamental principles of criminal law, that of minimum intervention. Through the study of specialized articles, jurisprudence and normativity, the present work evaluates the real protection to the juridical good of the family with the creation of the aforementioned criminal type, framed in scenes of punitive populism with the transcendence of the political to the legal.

Keywords

Colombia, criminal law, family, food inasistence, minimal intervention, last ratio.

Introducción

El derecho penal es considerado como la última ratio del derecho sancionatorio, lo que se traduce en que *“el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”* (Blanco Lozano, 2003, pág. 122)

Constituyéndose como el encargado de brindar soluciones para aquellas conductas que trasgreden de manera significativa los bienes jurídicos como consecuencia de problemáticas que en apariencia no han logrado solucionar efectivamente otras ramas del derecho.

Por lo anterior, cuando se tiene como pretensión la creación de un tipo penal, es relevante poner en consideración la sanción a imponer, como consecuencia del encuadramiento de los hechos en la conducta punible. A su vez, plantear si con esa sanción se contribuye a la protección del bien jurídico.

El delito de inasistencia alimentaria consagrado en el artículo 233 del Código Penal, nace con la finalidad de proteger el bien jurídico de la familia, en aquellos casos en que, una persona se sustraiga de la obligación de alimentos contempla una pena privativa de la libertad y una multa económica.

En consecuencia, se han suscitado diferentes debates en relación a la posibilidad de imponer una sanción penal por el incumplimiento de una obligación, que en principio podría presumirse económica, pero que en el fondo está encaminada a garantizar la subsistencia de las personas protegidas con el derecho a los alimentos.

En fundamento de los mencionados debates se han expuesto cinco clases de argumentos apoyando la penalización de esta conducta;

Primero, la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad, entre otros que justifican la creación o mantenimiento de un tipo penal intimidatorio; segundo, la ineficacia de que las acciones de tipo civil para enfrentar el fenómeno de la inasistencia. Tercero, la importancia de mantener penalizada la inasistencia en razón de sus graves efectos sociales en el largo plazo. Cuarto, la idea de que la IA

constituye una forma de violencia contra la mujer. Por último, el argumento de que el alto número de procesos judiciales por inasistencia demuestra la eficacia del tipo penal. (Bernal & La Rota, 2012, pág. 20-21)

Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado frente al delito mencionado, indicando que

La carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 1997)

Sin embargo, el principio de mínima intervención es definido como aquel “límite al *iuspuniendi* estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, religiosas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, siempre en bien de la seguridad jurídica, la libertad y las paz; todo ello por ser el derecho penal una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad” (Monroy Rodríguez, 2013).

Con base en la definición de principios del derecho penal, como el mencionado, pueden ser estudiados desde delitos como el de inasistencia alimentaria, aún más cuando no se logra vislumbrar una verdadera protección según los fines inicialmente perseguidos por la legislación colombiana. Considerando esto, estudiosos del derecho han puesto de presente la doctrina política, denominada como populismo punitivo o punitividad², gracias a la cual el derecho penal ha adquirido una gran relevancia social, al ser visto como aquel capaz de dar

² Considerado como un fenómeno social en el que un agente social instrumentaliza el derecho penal para satisfacer sus intereses particulares y que de acuerdo a estos puede denominarse como punitividad emocional, emocional asociativa, simbólica de gestión, económica o electoral. (Velandia, 2017)

solución a las problemáticas más frecuentes del ciudadano de a pie y que se constituye como la principal razón del aumento de las penas en Colombia.

De acuerdo con el planteamiento anterior, elevar a delito la inasistencia alimentaria puede ser la expresión del populismo punitivo o por el contrario, puede ser ejemplo de la gran necesidad de intervención por parte del derecho penal en las relaciones sociales del país.

La metodología aplicada a la investigación es de tipo descriptivo-explicativa, con un método inductivo deductivo que se apoya en artículos y libros de investigación, así como de la legislación colombiana para profundizar el estudio del principio de mínima intervención en relación con el delito de inasistencia alimentaria.

En consecuencia, el presente escrito tiene como objetivo dar respuesta al siguiente problema de investigación, ¿El delito de inasistencia alimentaria logra la protección adecuada del bien jurídico de la familia en Colombia? Con esa finalidad se desarrollarán tres temas principales, (i) la mínima intervención como principio del derecho penal, (ii) la familia en la legislación colombiana, y (iii) el delito de inasistencia alimentaria.

Lo anterior, bajo la hipótesis de que el delito de inasistencia alimentaria no logra proteger integralmente el bien jurídico de la familia a la luz del principio de mínima intervención, siendo necesaria la aplicabilidad de otras medidas que sancionen la inasistencia alimentaria con mayor eficacia diferentes a la rama del derecho penal como es el caso del derecho policivo, el derecho disciplinario y el derecho civil.

1. La mínima intervención y la última ratio en el Derecho Penal.

1.1 Historia

El derecho penal ha sido entendido como *“un instrumento jurídico establecido por quienes tienen la representación de la sociedad en lo legislativo y que se aplican a aquellos que las contravengan”*. (Busato & Montes Huapaya, 2009, pág. 12).

La necesidad del bien jurídico protegido debe contraponerse a la pérdida de la libertad como resultado de la prohibición penal para determinar de manera adecuada su alcance, siendo

necesaria la determinación de los caminos que conducen a la lesión del bien jurídico en un contexto histórico-social específico, los recursos para su protección y la necesidad de ésta. (Schünemann, 2007)

Bajo el supuesto de que el ciudadano necesita del Estado cuando no es capaz de proteger sus bienes jurídicos, la debilidad humana sería consecuencia de una desventaja social, por lo que el Estado debe prohibir el aprovechamiento de esa desventaja y criminalizarlo, señalándose que el derecho penal es la *ultima ratio* de una política social fracasada. (Schünemann, 2007)

Lo anterior implica que para la aplicación del derecho penal se debe regir por principios básicos, como el de mínima intervención.

La mínima intervención ha sido concebida como una idea que tiene por pretensión respetar los derechos humanos en la ley penal con la aplicación de dos funciones, (i) una función negativa, que limita la intervención penal; y (ii) una función positiva, consistente en la definición del objeto, incluyendo tanto intereses individuales como intereses colectivos. (Baratta, 2004)

Lo anterior en aplicación del carácter subsidiario del derecho penal, que entiende que cuando el Estado no cuente con otro medio eficaz para la protección del bien jurídico, el derecho penal podrá intervenir.

Quando se acepta el carácter subsidiario, se reconoce que la pena es un mal irreversible y que sólo puede acudir a ella en último lugar, como solución imperfecta, al existir otros medios de actuación preferentes de lucha contra el fenómeno delictivo. (Zárate Conde & González Campo, 2019, pág. 21)

El mencionado principio es resultado de contribuciones propias del programa racionalizador de la Ilustración, en el que se tuvo como discusiones la necesidad de justificación y proporcionalidad en el castigo en pro de la dignidad de las personas. (Binder, 2012) Y son diversas las definiciones que se le han otorgado, entre las que podría resaltar:

Este principio de *ultima ratio* o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben

ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. (Ozafrain, 2016, pág. 276)

Dada su relevancia como principio en el derecho penal, Villegas Fernández (2009) explica que este “se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de ‘fragmentariedad’, ‘ultima ratio’, ‘proporcionalidad’ y hasta el de ‘insignificancia’ ”(pág. 3)

Por su parte, el doctrinante Alberto Binder (2012) presenta una clasificación en relación a los principios rectores de la política criminal:

a) principio de “ultima ratio” (primacía de los instrumentos no violentos); b) principio de mínima intervención (no se debe introducir violencia allí donde no existe); c) principio de no naturalización (la utilización de la violencia no se corresponde “naturalmente” a un tipo de conflicto; rigen razones de eficacia); d) principio de economía de la violencia (la autorización del uso de la violencia (la autorización del uso de violencia no puede ser rígida sino que debe ser economizada en todo su desarrollo); e) principio de utilidad (no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante o que produzca resultados mínimos, menos dañosos que el instrumento), y f) principio de respaldo (la política criminal “ayuda siempre a otra política que no tiene finalidades propias). (pág. 212)

1.2 Principio de la mínima intervención.

Como lo señala el académico Garcías Planas (2010), *el principio de intervención mínima es un límite al “ius puniendi”, basado este a su vez en el Principio “nullum crimen nulla poena sine lege”* (pág. 98). Haciendo referencia a que el principio de intervención mínima supone una rigurosidad a la hora de determinar las conductas que deben ser objeto del derecho penal.

Se han determinado dos aspectos fundamentales de la mínima intervención, siendo el primer aspecto (i) la última ratio, en referencia a que la aplicación del derecho penal debe efectuarse en aquellos casos en los que otras ramas del derecho no tengan cabida y el segundo aspecto (ii) la fragmentariedad, bajo el entendido que sólo ciertos bienes jurídicos merecen la

intervención del derecho penal, por lo tanto, no lo castiga todo y cuando castiga, no lo hace en relación a cualquier tipo de actuación. (Garcías Planas, 2010)

Pese a que el principio de mínima intervención suele utilizarse como sinónimo de *ultima ratio*, se ha diferenciado como aquel que “prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. No introducir violencia en la sociedad cuando no la hay”. (Binder, 2012, pág. 217)

Teniendo en cuenta que

(...) el derecho penal representaría la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos, de modo que su empleo para la protección de bienes jurídicos, de modo que su empleo para la protección de estos bienes deba ser idóneo y necesario, no pudiendo provocar para esa finalidad más daños que beneficios. (Schünemann, 2007, pág. 51)

En Colombia, varios estudiosos del derecho penal han señalado que el Código Penal tiene contempladas una gran cantidad de conductas, que en muchas ocasiones no corresponden a una necesidad real de ser abordadas, si se tiene en cuenta el principio de mínima intervención y que por otro lado, pueden estar congestionando el sistema penal de manera aparentemente innecesaria, como podría ser el delito que se ha elegido como objeto de la presente investigación.

La Corte Constitucional ha indicado que en virtud del principio de mínima intervención el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe desarrollarse como consecuencia del fracaso de las alternativas para el control. En consecuencia, el Estado no está en la obligación de sancionar penalmente todas las conductas consideradas como antisociales, siendo la sanción penal la más drástica debido a que en la mayoría de los tipos penales conlleva la pérdida de la libertad, adquiriendo justificación cuando se establece una necesidad real para la protección de los intereses de la comunidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-636, 2009)

En la actualidad este principio ha dejado de ser un instrumento de reacción contra ataques a bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y ha mutado como un instrumento de política

de seguridad, lo que se traduce en que ha pasado de ser la ultima ratio a ser única ratio. (Milanese, 2004)

Entendido el derecho penal como la ultima ratio del derecho sancionatorio y la pena privativa de la libertad como un recurso extremo, la Corte Constitucional ha señalado que “(...) la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-636, 2009)

2. La familia en la legislación colombiana.

El artículo 42 de la Constitución Política se refiere a la familia, enunciando que es el núcleo fundamental de la sociedad y señalando que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable” (Constitución Política, 1991)

En consideración, la Carta Política de 1991 se interesó en otorgarle a la familia protección constitucional, desencadenando en que “los cambios que surgen en la organización de familia y por ende en la concepción de la misma deben hacerse, en el plano legal, basados en los fundamentos constitucionales” (Vela Caro, 2015, pág. 16)

Al referirse como núcleo fundamental de la sociedad e institución básica en la Constitución Política es apenas lógico que el Estado esté en la obligación de protegerla, dicha protección jurídica es recibida de manera individual por cada miembro que conforma la familia, “Dado que la ordenación de la familia es esencialmente individualista, esta no tiene la calidad de persona jurídica” (Daza Coronado, 2015, pág. 21)

En relación a la protección de los niños, niñas y adolescentes, nuestra legislación en el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, contempla su derecho de alimentos, al enunciar que,

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de

acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. (Ley 1098, 2006, art. 24)

Adicionalmente, la protección a la familia tiene sustento en instrumentos internacionales como el numeral primero del artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia, al indicar que

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1966)

2.1. La familia como bien jurídico protegido por el derecho penal.

Considerando la importancia constitucional y legal que la familia ha adquirido, no es de extrañar que bajo un escenario de populismo punitivo el legislador buscara su protección como bien jurídico a través del derecho penal. Para lo que debe entenderse que el concepto de bien jurídico es complejo y que “(...) siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (Kierszenbaum, 2009, pág. 188)

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado, destacando que “existe un deber especial de protección a la familia y, dentro de ella, a quienes por alguna condición son más vulnerables y requieren de medidas de protección reforzada” (Corte Constitucional, Sentencia C-368, 2014). En consecuencia, el Estado puede mediante el ejercicio de su poder sancionatorio protegerla, estando la rama legislativa plenamente facultada para tipificar delitos con dicha finalidad.

3. El delito de inasistencia alimentaria.

La Constitución Política de Colombia consagra en su primer artículo a la solidaridad como fundamento del Estado Social de Derecho. De allí radica la importancia de la obligación alimentaria con las personas con las que se tiene una íntima relación y así lo requieren.

Los artículos 77 a 80 de la Ley 83 de 1946 establecían el delito de abandono de familia, que fue modificado por los artículos 40 y siguientes de la Ley 75 de 1968. El Decreto 100 de 1980 en el capítulo IV del Título IX a los delitos contra la asistencia alimentaria.

En la actualidad, el Código Penal (Ley 599 de 2000) en el título IV “Delitos contra la Familia y en su capítulo IV, tipifican los delitos contra la inasistencia alimentaria. El artículo 233 de este capítulo estipula que,

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor. (Ley 599, 2000)

El mencionado delito a su vez tiene como circunstancia de agravación punitiva el aumento de hasta una tercera parte de la pena en el caso que el obligado para sustraerse de la prestación alimentaria oculte, disminuya o grave su renta o patrimonio.

La acción penal será aplicable a descendientes y ascendientes por consanguinidad, además como consecuencia de las obligaciones jurídicas de los cónyuges en relación al deber de ayudarse y socorrerse mutuamente consagrada en el artículo 176 del Código Civil “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida” (Ley 84, 1873).

3.1. Argumentos a favor frente al delito de inasistencia alimentaria.

Con fundamento en disposiciones legales y constitucionales, la Corte Constitucional ha manifestado que

“se crea para la familia una especial protección lo que se traduce en que la legislación penal tipifique la conducta en el delito de inasistencia alimentaria, al llegar incluso a la imposición de la pena de arresto por el incumplimiento injustificado de la obligación”. (Sentencia T-502, 1992)

Recalcando lo indispensable de la adopción de medidas en el ámbito jurídico que brinden una protección adecuada a la familia, siendo entonces también determinante su consagración en el ámbito penal.

El incumplimiento de la obligación alimentaria desde una perspectiva de género y desde una comprensión real de las dinámicas sociales advierte que

(...) muchas mujeres deben asumir no solo el trabajo de cuidado cotidiano de sus hijos, sino también su manutención. En ocasiones el asumir roles de jefatura se da sin contar con condiciones de subsistencia mínimas, ni de acceso al mercado laboral remunerado en condiciones de equidad. [sic] (Zota Bernal, 2016, pág. 10)

En la Sentencia T-502 de 1992, la Corte destaca las consecuencias de la inasistencia alimentaria específicamente en el caso de niños, niñas y adolescentes, generando violencia y una situación de indefensión para las víctimas. Argumento comprensible a todas luces cuando se tienen en cuenta que “La tasa nacional de mortalidad nacional por desnutrición es 4,29 por 100.000 niños menores de 5 años”. (Instituto Nacional de Salud, 2018, pág. 8)

Asimismo, se considera que el incumplimiento de la obligación alimentaria tiene consecuencias a largo plazo, siendo un riesgo para la sociedad colombiana debido a que la persona que se busca proteger como resultado del incumplimiento puede verse en riesgo frente a la comisión de delitos y situaciones indignas. (Patiño Becerra, 2015)

Son cinco los argumentos que se han señalado como a favor de este delito, siendo

Primero, la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad, entre otros que justifican la creación o mantenimiento de

un tipo penal intimidatorio; segundo, la ineficacia de que las acciones de tipo civil para enfrentar el fenómeno de la inasistencia. Tercero, la importancia de mantener penalizada la inasistencia en razón de sus graves efectos sociales en el largo plazo. Cuarto, la idea de que la IA constituye una forma de violencia contra la mujer. Por último, el argumento de que el alto número de procesos judiciales por inasistencia demuestra la eficacia del tipo penal (...). (Bernal & La Rota, 2012, págs. 20-21)

3.2. Argumentos en contra frente al delito de inasistencia alimentaria.

3.2.1. En contra: como obstáculo para el cumplimiento de la obligación.

No es de extrañar que haya posturas en contra del delito de inasistencia alimentaria teniéndose en cuenta que si bien, registra una cantidad importante de denuncias, con la aplicación de la pena, es decir, con la privación de la libertad del responsable de la obligación alimentaria, en muchas ocasiones no se satisface la obligación y por el contrario se genera un impedimento para el cumplimiento de la misma. Al respecto se indica,

Por otro, el hecho de condenar a un sinnúmero de personas como deudores alimenticios, sin saber si pueden serlo verdaderamente o no, genera un efecto funcional consistente en liberar al Estado de su obligación constitucional de subvenir a las necesidades alimentarias de la población, cuando las personas inicialmente llamadas a pagar, en virtud legal, se encuentran en imposibilidad de hacerlo. (Moya, 2008, pág. 56)

3.2.2. En contra: como desconocimiento de los principios del derecho penal.

A su vez sustentado en que desconoce el principio de mínima intervención, al existir otras jurisdicciones con mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) y disposiciones legales que buscan el cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Sin embargo, en el proceso penal pese a que está contemplada la conciliación no cumple con su propósito ni brinda las garantías esperadas a la víctima, teniendo en cuenta que; (i) la conciliación busca archivar la investigación indicando bajo qué condiciones se realizará el pago de la obligación pero sin referirse a los perjuicios que ocasionaron la denuncia; (ii) pese a que se acuerda cumplir con la obligación alimentaria, en muchos casos el obligado reincide

en el incumplimiento; (iii) se suscitan inconvenientes cuando la víctima pretende el cumplimiento de la cuota alimentaria por falta de una obligación clara, expresa y exigible en el acta suscrita (Ahumada, 2011)

Cuando del cumplimiento de la obligación alimentaria se refiere a los hijos menores, el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia dispuso el deber del juez para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación alimentaria para lo cual puede decretar el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos del obligado, conforme a las reglas del proceso ejecutivo. Adicionalmente, el mencionado artículo consagra la prohibición de salida del país en caso de incumplimiento, de la siguiente manera:

Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo. (Ley 1098, 2006)³

Consecuentemente se habla de una mayor idoneidad del derecho civil para proteger los derechos del alimentario en los casos en que ha surgido incumplimiento por parte del obligado.

(...) el Proyecto de Ley No. 085 de 2009 afirmó que la vía civil resulta más adecuada para proteger los derechos del alimentario al que no le han cumplido, pues la misma ofrece el trámite del proceso abreviado que hace más rápida la obtención de justicia en estos casos. (Bernal & La Rota, 2012, pág. 26)

3.2.3. En contra: por el estado de cosas inconstitucional por el que atraviesa el Sistema Penitenciario y Carcelario.

³ Mediante el Decreto 4057 de 2011, se suprimió el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Motivo por el cual la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores y la Policía Nacional la función que correspondía al DAS en cuanto al control migratorio e impedimento para la salida del país.

Un argumento en contra clave a tener en cuenta, se sustenta en Resolución 001505 de 2013 por el cual el Director General del INPEC declaró emergencia penitenciaria y carcelaria en todos los centros de reclusión del país, por lo que fue necesaria la implementación de planes contra las vulneraciones a los Derechos Humanos de la población privada de la libertad por la situación de hacinamiento y la atención de salud que se viven en los centros penitenciarios de Colombia.

Mediante la Sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en razón a la crisis actual del Sistema Penitenciario y Carcelario, para lo cual identificó las siguientes situaciones:

(i) Los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada, la negación de derechos básicos a estas personas implica una afectación a su dignidad humana, además debe tenerse en cuenta que estos la violación de derechos fundamentales no sólo es contra la población privada de la libertad, también de sus familiares y allegados, así como de las personas que pertenecen a la Guardia.

(ii) Las obligaciones de respeto, protección y garantía han sido incumplidas de forma generalizada, existe una omisión para brindar soluciones a problemas previamente identificados como el hacinamiento.

(iii) El Sistema ha institucionalizado prácticas que son inconstitucionales, pese a que autoridades de las tres ramas del poder público conocen la situación, siguen ordenando la reclusión de personas en situaciones indignas y omitiendo el incumplimiento de la función resocializadora y la ineficacia de los planes y programas de reforma.

(iv) La ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestales urgentes.

(v) La solución de problemas estructurales implica la realización de acciones complejas y coordinadas entre varias entidades y

(vi) Congestión del sistema judicial derivada de la interposición de mecanismos de defensa por parte de las personas privadas de la libertad que se enfrentan al mismo estado de cosas. (Corte Constitucional, Sentencia T-388, 2013)

Como consecuencia de la situación, en el año 2014 se introduce la Ley 1709 como reforma al Código Penitenciario y Carcelario, que contempla un sistema de salud independiente y el principio de enfoque diferencial en reconocimiento de población con características articulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra.

Sin embargo, los mencionados planes y reformas no han logrado dar una efectiva solución a esta grave problemática, siendo necesario voltear la mirada a otras alternativas como la despenalización de ciertas conductas delictivas que bien podrían manejarse mediante otras ramas del derecho distintas a la penal o mediante penas distintas a la privativa de la libertad.

Debido a que gran medida se ha buscado aumentar los cupos carcelarios sin brindar una solución de raíz a esta problemática, la Corte Constitucional reiteró el estado de cosas inconstitucional mediante la Sentencia T-762 de 2015, destacando que

Para enfrentar el populismo punitivo, es necesario que las instituciones del Estado encargadas de diseñar la política criminal cambien de perspectiva y entiendan que el delito no se puede combatir exclusivamente con el incremento de las penas. Deben potenciarse estrategias contra el delito desde perspectivas diferentes al derecho penal. (Corte Constitucional, Sentencia T-762, 2015)

Por su parte, la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013 (CSS) determinó que los sistemas de reforma del sistema penal carecen de sistematicidad al tratarse de modificaciones aisladas y que aquellas reformas que han buscado superar el estado de cosas inconstitucional no han sido suficientes (Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013, 2018). Esto ha traído consigo una revictimización, no sólo de la víctima que además de no contar con la asistencia alimentaria requerida tiene que mayormente limitado el cumplimiento, sino que también “El procesado puede ser una víctima a raíz de los daños que sufre con la pena y con el hacinamiento, está mal ejecutada” (Cifuentes Santos, 2016, pág. 29).

3.3. Alternativas.

De acuerdo con lo expuesto, son varios los argumentos utilizados en contra del delito de inasistencia alimentaria, tanto así que éste delito fue incluido en el Proyecto de Ley 014 de 2017 “Por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones”, con el que se pretendía el fortalecimiento de la política criminal y penitenciaria, para lo cual se afianzarían medidas alternativas a la pena privativa de la libertad para lo cual se despenalizarían conductas por considerar que pueden ser abordadas con otros medios jurídicos como el derecho policivo o el derecho disciplinario.

Como medidas adicionales, el proyecto establece como sanciones para quien incumple con la obligación alimentaria que; (i) no podrá participar en concursos para la provisión de empleos o para el ascenso en las carreras de entidades estatales; (ii) no podrá contratar con el Estado bajo ninguna modalidad de contratación, a menos que autorice el descuento de las cuotas alimentarias que corresponden al período del contrato celebrado y un cincuenta por ciento (50%) adicional; y (iii) no podrá ser inscrito en la Cámara de Comercio para ningún efecto. Asimismo, se propone facultar a personas naturales y jurídicas que tengan una relación contractual o laboral con el deudor, para que puedan efectuar directamente los descuentos que disponga el título ejecutivo en el que se encuentra consagrada la obligación. (Ministerio de Justicia, 2017)

Otra propuesta según el Proyecto de Ley 249 de 2017 que resulta valiosa es la creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), que pretende ser un mecanismo de control al incumplimiento de obligaciones alimentarias, aplicable a las personas que se encuentren en mora de 3 cuotas alimentarias y que atraería como consecuencias;

1. Inhabilidad para contratar con el Estado. Esta inhabilidad también se predica del deudor alimentario moroso que actúe como representante legal de la persona jurídica que aspira a contratar con el Estado.
2. No se podrá nombrar ni posesionar en cargos públicos ni de elección popular a las personas reportadas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
3. Impedimento para perfeccionar la enajenación de bienes muebles o inmuebles sometidos a registro.
4. Para autorizar una escritura pública, la autoridad competente

deberá solicitar la certificación expedida por el REDAM de ambas partes del negocio jurídico, cuando se trate de personas naturales y, del representante legal, cuando una de estas sea persona jurídica. En caso de que aparezca registro de incumplimiento de obligaciones alimentarias, el negocio jurídico no podrá perfeccionarse hasta tanto se regularice la situación. 5. Cuando el deudor alimentario solicite un crédito o la renovación de un crédito ante una entidad bancaria o de financiamiento, se exigirá el certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos y, en caso de ser aprobado, será obligación de la entidad otorgante depositar lo adeudado a la orden del juzgado que ordenó la inscripción en el Registro. (Martínez Aristizábal, 2017, pág. 3)

4. Conclusiones

El principio de mínima intervención supone que la situación a la que se pretende dar solución mediante el derecho penal no debe ser factible de ser solucionada mediante otras ramas del derecho y en consecuencia, el bien jurídico debe ser merecedor de la protección y las medidas penales a adoptar.

La familia ha sido objeto de protección constitucional gracias a la normatividad colombiana e internacional que la entiende como esencial en el desarrollo social, hasta el punto de que el derecho penal colombiano la ha incluido como un bien jurídico a proteger mediante y ha consagrado para ello el delito de inasistencia alimentaria.

Siendo el delito de inasistencia alimentaria objeto de debate durante años por parte de académicos, aquellos quienes se encuentran a favor de su consagración como delito argumentan la necesidad de protección para las víctimas que se encuentran en estados de debilidad y que han hecho necesaria la estipulación de la obligación alimentaria a su favor.

Por otro lado, otros discernían de la anterior postura, argumentando que las penas se presentan como una limitante para el cumplimiento de la obligación alimentaria, el desconocimiento del principio de mínima intervención bajo el entendido que se cuentan con

otros mecanismos jurídicos propicios para atacar el incumplimiento y la situación de hacinamiento carcelario que ha resultado en el estado de cosas inconstitucional.

Argumentos fuertes que traen consigo la necesidad de buscar y aplicar alternativas jurídicas que permitan la protección de la familia y el cumplimiento de las obligaciones alimentarias sin la necesidad de acudir al derecho penal.

5. Referencias

Ahumada, M. D. (2011). La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(114), Enero-junio, 11-40. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a01.pdf>

Asamblea General de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de OHCHR.ORG: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F.

Bernal, C., & La Rota, M. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia. Obtenido de Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf

Binder, A. (2012). *Análisis político criminal*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea.

Blanco Lozano, C. (2003) *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Editorial La Ley.

Busato, P. C., & Montes Huapaya, S. (2009). *Introducción al Derecho Penal. Fundamentos para un sistema penal democrático*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

Cifuentes Santos, A. (2016). *Inasistencia alimentaria: Problema de justicia*. Trabajo de Grado, Pontifica Universidad Javeriana. Obtenido de:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36469/CifuentesSantosAlejandra2016..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013. (23 de Julio de 2018). Respuesta al informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario. Obtenido de Universidad Externado de Colombia: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2018/10/Informe-CSS-T388-de-2013-julio-de-2018.pdf>

Congreso de la República (20 de enero de 2014) Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014] D.O 49.039

Congreso de la República (24 de julio de 2000) Código de Procedimiento Penal. [Ley 599 de 2000] D.O 44.097

Congreso de la República (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006] D.O 46.446

Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873) Código Civil. [Ley 84 de 1873] D.O 2.867

Corte Constitucional. (11 de junio de 2014) Sentencia C-368. [MP Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015) Sentencia T-762. [Gloria Stella Ortiz]

Corte Constitucional. (16 de septiembre de 2009) Sentencia C-636. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997) Sentencia C-237. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (21 de agosto de 1992) Sentencia T-502. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (28 de junio de 2013) Sentencia T-388. [María Victoria Calle Correa]

- Daza Coronado, S. M. (2015). Derecho de familia: apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Garcías Planas, G. (2010). El principio de intervención mínima en Derecho Penal: realidad o ficción. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, 97-103.
- Instituto Nacional de Salud. (2018). Boletín Epidemiológico. Obtenido de Dirección de Vigilancia y Análisis del Riesgo en Salud Pública: <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2042.pdf>
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y Ensayos(86), 187-211.
- Martínez Aristizábal, M. (2017). Proyecto de Ley 249 de 2017. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co>:
<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20249-17%20REDAM%20Deudores%20Alimentarios.pdf>
- Milanese, P. (2004). El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención. Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia., IV(2). Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_33.pdf
- Ministerio de Justicia. (2017). Proyecto de Ley 014 de 2017. Obtenido de leyes.senado.gov.co:
<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20014-17%20Politica%20criminal%20y%20penitenciaria.pdf>
- Monroy Rodríguez, Á. A. (I semestre de 2013). Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? Derecho y Realidad (21).

- Moya Vargas, M. F. (2008) La transvaluación: su posibilidad como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 2(1), 33-68. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/890/917
- Ozafrain, L. (2016). Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como ultima ratio. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (46), 273-287.
- Patiño Becerra, N. (2015). El delito de inasistencia alimentaria en el ámbito legal colombiano. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13906/EL%20DELITO%20DE%20INASISTENCIA%20ALIMENTARIA%20EN%20EL%20.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Schünemann, B. (2007). ¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! –Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. (Á. De la Torre Benítez, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vela Caro, A. C. (2015). Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina. Obtenido de Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2746/1/DEL%20CONCEPTO%20JURIDICO%20DE%20FAMILIA.pdf>
- Velandia Montes, R. (2017) Velandia Montes, Rafael. Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Villegas Fernández, J. M. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? Recuperado el 28 de Enero de 2019, de Revista Internauta de Práctica Jurídica: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

Zárate Conde, A., & González Campo, E. (2019). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.

Zota Bernal, A. C. (2016). Inasistencia alimentaria. Una aproximación desde la Justicia Interseccional. Obtenido de Universidad Nacional de Colombia: <http://bdigital.unal.edu.co/57287/1/1032374537.2016.pdf>